

## 범죄론 일반

### § 5. 범죄서론

#### I. 범죄구분과 범죄성립요소

오늘날 통용되는 범죄개념은 구성요건에 해당하고 위법 유책한 행위라고 정의된다. 이러한 범죄개념은 실정법(형법각칙)이 규정한 개별적인 구성요건과 그 개별구성요건에 공통적으로 적용되는 형법총칙상의 위법성과 책임에 의하여 정해지기 때문에 형식적 범죄개념이라고 정의될 수 있다. 여하튼, 범죄는 구성요건, 위법성, 책임 및 행위의 4요소에 의해서 결정된다. 이 중에서 행위는 전규범적 요소인데 반하여, 나머지 3요소는 실정법 규범내에 규정된 요소이다. 그런데 실정법상의 범죄종류는 여러 가지로 구분될 수 있고, 경우에 따라서는 이론적으로 범죄종류를 나눌 수도 있다.

##### 1. 특히 실정법상 의미 있는 범죄구분

범죄의 종류는 결과범과 거동범, 침해범과 위험범, 계속범과 상태범 등으로 구분되어 많이 설명된다. 그러나 이러한 구분은 형법사례를 해결하는 실무에서는 2차적으로 요구될 뿐이다. 형법사례에 대해 실정법을 적용하는 실무에서 우선적으로 요구되는 것은 실정법에 따른 범죄유형의 구분이 될 것이다. 실정법상의 범죄유형은 다음과 같이 구분될 수 있다. (i) 범죄실현의 시간적 발전단계에 따른 기수범, 미수범 및 예비·음모범의 구분 (ii) 행위자에게 구성요건실현에 대한 인식·의사가 있었느냐에 따른 고의범과 과실범의 구분 (iii) 구성요건을 실현하는 행위태양이 작위 또는 부작위인가에 따른 작위범과 (부진정) 불작위범의 구분 (iv) 한명이 단독으로 또는 수인이 관여하여 구성요건을 실현하였느냐에 따른 단독정범과 광의의 공범(공동정범, 간접정범, 교사범, 방조범·종범)의 구분이 그것이다. 이를 분설하면 다음과 같다.

##### 1) 기수범, 미수범, 예비·음모범

우선 범죄는 그 실현의 시간적 발전단계에 따라 다음과 같이 나눌 수 있다. 범죄자는 (i) 범죄를 내적으로 결심하고, (ii) 다음으로 범죄계획을 타인과 모의하거나 자신이 목표로 한 범죄를 준비하며, (iii) 그리고 나서 자신이 목표로 한 범죄에 드디어 실행착수를 하게 되고, (iv) 실행착수를 통하여 경우에 따라서는 자신이 목표로 한 범죄구성요건을 완전히 실현하게 될 것이고, (v) 최종적으로는 자신이 목표로 한 범죄를 실질적으로 완료하게 된다. (i)의 단계에서는 아직 외부적인 행위가 없으므로 실정법상 범죄가 될 수 없고, (ii)의 단계에서는 예비음모죄가 성립될 수 있고, (iii)의 단계에서는 미수범이 성립될 수 있으며, (iv)의 단계에 이르면 기수범이 성립한다. (v)의 단계는 공범성립의 범위, 공시시효의 계산 등과 관련하여 이론상 특별한 의미를 가진다. 실정법상으로는 기수범이 원칙적인 범죄유형이고, 예비

음모죄와 미수범은 예외적인 범죄유형에 해당한다. 따라서 형법각칙에는 주로 고의범의 범죄구성요건이 대부분을 차지하고 예비음모죄와 미수범의 범죄구성요건은 소수 존재할 뿐이다.

## 2) 고의범과 과실범

행위자가 문제된 범죄구성요건에 대해 실현의사를 가지고 야기하였는가에 따라 고의범과 과실범으로 나누어진다. 즉 행위자에게 문제된 범죄구성요건에 대한 실현의사가 있었으면 고의범, 실현의사 없이 구성요건이 실현되었으면 과실범이 될 뿐이다. 양자 중에서는 고의범이 원칙적인 범죄유형이고 과실범은 예외적인 범죄유형일 뿐이다. 따라서 형법각칙의 대부분의 범죄구성요건은 고의범이고, 과실범의 범죄구성요건은 소수 존재할 뿐이다.

## 3) 작위범과 (부진정) 부작위범

범죄의 요소되는 행위에는 작위와 부작위가 있다. 전자는 금지규범을 적극적으로 위반하는 것이고 후자는 명령(요구)규범에 대해 소극적으로 불이행·불응하는 것이다. 그런데 형법각칙상의 범죄구성요건은 원칙적으로 금지규범이고 따라서 그 위반행위(범죄행위)는 작위이다. 이러한 작위범의 범죄구성요건을 부작위를 통하여 실현하는 것을 부진정부작위범이라고 한다. 반면에 진정부작위범은 아예 형법각칙이 스스로 부작위를 행위로서 명시한 경우에 성립되는 것이다. 따라서 진정부작위범은 순수한 형법각칙의 개별문제인데 반하여, 부진정부작위범은 공통적인 형법총칙문제가 된다. 그리고 작위범은 대개 행위주체에 제한이 없으나, 부진정부작위범은 반드시 행위주체가 보증인에 제한되는 것 등의 특징을 지닌다.

## 4) 단독정범과 광의의 공범(공동정범, 간접정범, 교사범, 방조범)

범죄는 혼자서 실현하는 경우와 2인 이상이 관여하여 실현하는 경우가 있다. 전자가 단독정범이고, 후자가 넓은 의미의 공범이다. 그런데 2인 이상이 관여하여 범죄를 실현하는 공범에는 2인 이상이 의사연락하에 공동으로 실현하는 공동정범, 타인을 도구로 이용하여 실현하는 간접정범, 타인에게 고의를 유발시켜 그로 하여금 범죄를 실행케하는 교사범, 이미 고의 있는 자를 도와주는 방조범(종범)이 있다. 이 중에서 공동정범과 간접정범은 단독정범과 같이 정범에 해당한다. 즉 그들은 범행을 지배한 자로서 평가된다. 그러나 교사범과 방조범은 범행을 지배한 자로서 평가되지 못하고, 따라서 그들은 협의의 공범이 된다.

## 2. 기타 의미 있는 범죄구분

### 1) 결과범과 거동범

양자의 구분은 당해 구성요건이 결과의 발생을 요건으로 하고 있는가에 따른 구분이다. 결과범(Erfolgsdelikt)은 당해 구성요건이 예정한 결과가 발생하여야 비로소 해당범죄의 기수가 성립하는 범죄이나, 거동범(Tätigkeitsdelikt)은 당해 구성요건에서 규정하고 있는 최종적 행동(letztes Handlungsakt)이 있으면 이미 기수가

되는 범죄이다. 결과범은 실질범(Materialdelikt), 거동범은 형식범(Formaldelikt)으로도 불리워진다. 살인죄·상해죄·강도죄·손괴죄 등 대부분의 형법각칙상의 범죄는 결과범에 해당한다. 결과적 가중범은 결과범의 특별한 형태에 해당한다. 거동범의 예로는 위증죄(제152조)·무고죄(제156조)·주거침입죄(제319조)를 들 수 있다. 결과범과 형식범을 구별하는 실익은 결과범에 있어서는 행위와 결과 사이에 인과관계에 대한 문제가 발생한다는 점에 있다. 물론 거동범의 경우에도 결과가 발생할 수 있으므로 행위와 결과 사이에 인과관계를 따져 볼 수는 있으나 기·미수의 구별에 있어서 아무런 실익이 없다.

## 2) 침해범과 위험범

결과범은 다시 침해범과 위험범으로 나눌 수 있는데, 양자의 구분은 당해범죄의 기수가 되기 위해 요구되는 보호법익에 대한 침해정도에 따른 구분이다. 침해범(Verletzungsdelikt)은 법익에 대한 현실적 침해가 있어야 비로소 당해범죄의 기수가 되는 범죄이고, 위험범(Gefährdungsdelikt)은 법익에 대한 위험의 야기로 이미 당해범죄의 기수가 되는 범죄이다. 예컨대 살인죄·상해죄·손괴죄는 침해범에 해당하고, 방화죄(제164조)·통화위조죄(제207조)·유기죄(제271조)·업무방해죄(제314조)는 위험범에 속한다. 위험범은 다시 구체적 위험범과 추상적 위험범으로 나눌 수 있다. 구체적 위험범은 법익에 대한 구체적 위험성이 발생하여야 비로소 기수범이 성립된다. 이에 반해 추상적 위험범은 보호법익에 대한 추상적 위험성만 발생하면 기수범이 성립하는 범죄이다. 그런데 여기서의 추상적 위험성은 실행행위에 전형적으로 담겨 있는 위험성을 말한다. 구체적 위험범에서는 구체적 위험의 발생이 각칙에 기술되는 구성요건요소이지만 추상적 위험범에서는 그러하지 아니하다. 따라서 고의가 인정되기 위해서는 구체적 위험범에서는 행위자가 객관적 구성요건표지, 즉 구체적 위험성에 대한 인식이 있어야 한다. 그러나 추상적 위험범에서는 행위 자체가 있으면 이미 추상적 위험성이 있는 것으로 추정된다. 따라서 고의를 인정하기 위해서도 현실적 위험에 대한 행위자의 인식은 요하지 아니한다.

## 3) 계속범과 상태범

[설문] 갑은 A를 7년간 외딴섬의 별장에 감금하였다. 그 이후 갑은 체포되어 공소시효 5년의 감금죄로 기소되었다. 그리고 을은 친구 병이 훔친 도자기를 자기가 맡아서 보관해 주었다. 이 경우에 갑과 을은 어떠한 범죄로 처벌될 수 있겠는가?

계속범과 상태범은 당해범죄가 구성요건의 실현으로 종료되는가 아니면 계속되는가에 따른 구분이다. 계속범(Dauerdelikt)이란 당해범죄의 구성요건이 실현됨으로써(즉 기수가 됨으로써) 종료되는 것이 아니라 위법상태가 유지되는 동안에도 계속되는 범죄이다. 예컨대 체포감금죄와 주거침입죄가 여기에 해당한다. 따라서 예컨대 감금죄에서 위법상태를 야기했을 때 즉 타인을 감금했을 때 “감금(죄의)행위”가 종료되는 것이 아니라 그 타인이 감금되어 있는 동안에 감금행위가 계속된다. 그런데 간혹 우리나라 형법각칙 교과서에는 감금죄는 계속범이기 때문에 감금상태가 어느 정도 시간적으로 계속되어야 동범죄의 기수범이 된다고 설명하고 있다. 그러나 이 기술내용은 감금죄의 기수요건에 관한 해석문제일 뿐이고 계속범의 개념과는 관계가 없다. 즉 계속범의 개념은 기수가 된 이후에도 법익침해의 종료시까지의 감금행

위를 계속하는 것으로 이해하는 것이다. 이에 반하여 상태범(Zustandsdelikt)은 당해범죄의 구성요건이 실현됨으로써 종료되는 범죄이다. 살인죄 상해죄 절도죄 등이 여기에 속한다. 따라서 예컨대 절도죄에서 절도행위의 종료는 위법상태를 야기했을 때 즉 타인의 재물을 절취했을 때이다. 그 이후 위법상태를 유지하는 것은 다른 범죄의 행위(예컨대 장물죄의 행위) 또는 불가벌적 사후행위가 될 뿐이지 절도행위는 될 수 없다. 상기한 [설문]에서 갑은 감금죄, 즉 계속범에 해당한다. 따라서 동죄의 기수시기는 감금했을 때이나, 그 완료시점은 피감금자가 석방되었을 때이다. 그리고 [설문]에서 을은 절도죄, 상태범에 관여한 경우이다. 따라서 위법상태를 야기했을 때 이미 기수가 되고 또한 절도행위도 완료되었다. 절도행위가 종료된 이후에 개입하는 것은 절도행위의 공범은 될 수 없다. 그러나 다른 범죄 즉 장물보관죄에는 해당한다.

#### 4) 일반범, 신분범 및 자수범

[설문] 갑은 증인 병을 강요하여 법정에서 허위의 진술을 하게 하였고, 을은 증인 정과 미리 공모하고 법정의 방청석에서 손짓으로 정으로 하여금 위증토록 유도하였다. 이 경우 갑, 을, 병, 정의 죄책은?

일반범이란 누구나 행위자가 될 수 있는 범죄를 말한다. 구성요건에 단순히 '행위한 자'라고 규정되어 있는 범죄는 모두 일반범이다. 신분범이란 구성요건이 행위의 주체에 일정한 신분을 요하는 범죄를 말한다. 신분범에는 진정신분범과 부진정신분범이 있다. 진정신분범이란 일정한 신분있는 자에 의하여만 범죄가 성립하는 경우를 말하며 수뢰죄, 횡령죄, 허위공문서작성죄 등이 여기에 속한다. 이에 반하여 부진정신분범이란 신분없는 자에 의하여도 범죄가 성립할 수는 있지만 신분 있는 자가 죄를 범한 때에는 형이 가중되거나 감경되는 범죄를 말한다. 예컨대, 존속살해죄, 업무상횡령죄, 영아살해죄 등이 여기에 해당한다. 신분범에 있어서 신분없는 자는 그 죄의 정범이 될 수는 없으나 공범이 될 수는 있다. 그리고 자수범이란 행위자 자신이 직접 '구성요건적 행위'를 실행하여야 그 범죄의 '정범'이 될 수 있는 경우를 말한다. 예컨대 위증죄가 여기에 속한다. 자수범에 있어서 직접 구성요건적 행위를 실행하지 않은 자는 정범인 단독정범, 공동정범 및 간접정범이 성립될 수 없을 뿐이며 협의의 공범은 성립될 수 있다.

따라서 상기한 [설문]에서 갑은 비록 간접정범의 형태로서 병으로 하여금 위증케 하였지만 자기가 직접 구성요건적 행위(법정에서 허위의 진술을 하는 것)를 하지 않았기 때문에 위증죄의 간접정범은 성립될 수 없고, 병에게 위증의 고의를 유발한 교사범이 될 수 있을 뿐이다. 그리고 을도 공동정범의 형태로 개입하였지만 위증죄의 공동정범은 될 수 없고 교사범 또는 방조범의 협의의 공범이 될 수 있을 뿐이다. 다만 을과 정이 공모하고 같이 위증의 진술까지 하였다면 그들은 위증죄의 공동정범이 될 수 있다(그런데 자수범의 경우에는 공동정범도 성립할 수 없다는 견해가 국내에 다수 존재하는데, 이 견해는 정확하지 않은 것이다).

### 3. 범죄성립요소

#### 1) 공통적인 성립요소 및 처벌조건과 소송조건

[사례] 정상적인 20세의 대학생 아들 갑은 자기 아버지의 지갑을 훔친 혐의로 체포되어 절도죄로 기소되었다. 법원은 갑에게 절도죄 유죄와 형벌을 선고하겠는가?

위에서 설명한 기수범, 미수범, 예비음모범 중에서는 기수범이, 고의범과 과실범 중에서는 고의범이, 작위범과 부작위범 중에서는 작위범이, 단독정범과 공범 중에서는 단독정범이 입법자가 예정한 기본적·원칙적인 범죄유형에 해당된다. 그리고 이러한 모든 범죄의 유형에 공통적으로 적용되는 최소한의 범죄성립요소는 구성요건해당성, 위법성 및 책임이다. 그렇기 때문에 범죄는 ‘구성요건에 해당하고 위법 유책한 행위이다’고 정의되는 것이다. 범죄가 성립되면 소위 유죄가 되고 이에 대하여 기소되면 법원은 원칙적으로 유죄판결을 하게 된다. 그러나 일부범죄에 따라서는 비록 범죄가 성립되어 이론상 유죄가 되었다 하더라도 법원이 유죄판결을 할 수 없거나 형벌을 선고할 수 없는 경우가 있다. 상기한 [사례]에서 갑의 행위는 절도죄의 구성요건해당성, 위법성 및 책임이 충족되어 절도죄 유죄가 되지만 법원은 형면제판결을 하여야 한다(형면제판결은 형벌만 면제하는 것이므로 유죄판결의 일종이 된다). 왜냐하면 우리 형법 제344조(제328조 1항)는 이와 같은 친족상도례의 경우에 형면제판결을 하도록 규정하였기 때문이다. 이것이 범죄자와 피해자 사이의 인적 관계 때문에 형벌만을 면제해주는 소위 인적 처벌조각사유라는 것이다. 그리고 사기과산죄와 같은 객관적 처벌조건이 있는 범죄도 그 조건이 갖추어지지 않으면 이와 유사한 경우가 된다. 더 나아가 범죄가 성립(즉 유죄)은 되었지만 공소시효의 만료, 친고죄에서 고소의 부존재와 같은 소송조건이 결여된 경우에는 법원은 유죄판결과 형벌선고를 할 수 없으며 면소판결 내지 공소기각의 판결과 같은 형식 재판을 하여야 한다.

2) 기본적 범죄유형, 즉 ‘단독으로 고의와 작위에 의해 실현한 기수범(고의범, 기수범, 단독범, 작위범)’의 성립요소

기본적 범죄유형에 해당하는 형법 제250조 1항의 살인죄규정을 가지고 설명하면 다음과 같다. 거기에 기술된 ‘사람을 살해한 자는---’까지는 모두다 객관적 구성요건요소에 해당된다. 제250조 1항에 기술된 용어 중에서 ‘사람을--’은 행위객체, ‘살해--’는 행위, ‘--한’은 결과, ‘--자는’은 행위주체가 된다. 즉 객관적 구성요건은 대개 행위주체, 행위객체, 행위(의 수단과 방법), 결과(결과범의 경우)로서 구성된다. 그러나 구체적인 내용은 각칙규정의 범죄에 따라 다르다(즉 형법각칙의 문제). 그리고 결과범의 경우에 기수범 성립과 관련해서는 행위와 결과 사이에 인과관계와 객관적 귀속관계는 공통적인(즉 형법총론의 문제) 객관적 구성요건요소가 된다. 그리고 고의는 일반적인 주관적 구성요건요소가 된다. 구성요건의 객관요소와 고의라는 주관적 인식요소 사이에 불일치가 있으면 구성요건적 착오라는 이름으로 고의범성립에 영향을 미칠 수 있다. 그러나 목적범과 같은 일부범죄에서는 고의를 초과하는 주관적 구성요건요소가 갖추어져야 한다. 구성요건해당성이 모두 충족되면 위법성과 책임의 충족여부를 심사하여야 한다. 위법성은 위법성조각사유 모두의 부존재로 결정된다. 그런데 실정법상의 위법성조각사유는 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙, 정당행위의 5가지가 있다. 이 중의 하나라도 해당되면 위법성이 조각되어 범죄는 성립되지 않는다.

## 고의기수범의 성립요소

### (1) 구성요건해당성

#### (a) 객관적 구성요건

- 행위주체
- 행위객체
- 행위(의 수단, 방법)
- 결과(결과범의 경우)
- 인과관계와 객관적 귀속

#### (b) 주관적 구성요건

- 고의/ 미필적 고의, 인식있는 과실과의 구별
- 고의이외의 주관적 불법요소

#### (c) 양자의 일치와 불일치

불일치의 경우(구성요건적 착오)

- (1) 객체의 착오
- (2) 방법의 착오
- (3) 인과과정의 착오

\* 개괄적 고의의 문제

### (2) 위법성

#### (a) 위법성의 확인방법

- 위법성조각사유의 부존재
- 구성요건해당성의 위법성 징표, 불법구성요건, 폐쇄적 구성요건

#### (b) 실정법상 위법성조각사유의 종류

#### (c) 위법성조각의 요건

- 객관적 정당화사유의 존재
- 주관적 정당화요소의 존재

### (3) 책임

- 책임무능력자
- 불법의식 및 금지착오
- 기대(불)가능성론